

Doutrina

O casamento e sua situação em face da Lei n.º 4.121 de 1962 (*).

SUMÁRIO: 1 — Relevância do assunto. 2 — Chefia do casal. 3 — Fixação do domicílio conjugal. 4 — Guarda dos filhos em caso de desquite. 5 — Regime de bens. 6 — Responsabilidade dos cônjuges pelas dívidas contraídas por apenas um deles.

CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e Professor de Direito Comercial da Faculdade Mineira de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais.

1 — Dentre as várias instituições públicas e privadas, a da família é, sem dúvida, aquela que reveste de maior importância.

Eis porque entendi de bom alvitre abordar, nesta Aula Magna, o problema da mulher em face da Lei n.º 4.121, de 1962, conhecida como "Estatuto da mulher casada".

Trata-se de assunto vivo e palpitante e que, no entanto, tem merecido pouca atenção, quer dos doutrinadores, seja dos Tribunais, sendo mesmo parcimoniosos os comentários em torno da citada lei.

Entretanto, poucas foram as leis promulgadas nestes últimos tempos com tanta repercussão sobre a sociedade brasileira, como esta apelidada de proteção à mulher casada, mas que, de fato, constitui o primeiro passo para a ruína da família.

Acredito que a missão do jurista, atualmente, no Brasil, seja de vir em socorro da família, instituição que cambaleia, chamando a atenção para os graves perigos que a ameaçam, sobretudo para certas leis de sabor demagógico, entre as quais se encontra a de n.º 4.121, de 1962.

De fato, ela introduz tais modificações no setor de direção da sociedade social, na estrutura do lar, em sua parte patrimonial, que grande parte dos casamentos dificilmente suportará seu impacto.

Ademais, sobre ser, no dizer de civilista eminente, uma lei anti-marido, não conseguiu situar-se como de proteção à mulher. Ao contrário, solapando a autoridade do chefe da família, prejudicou a mulher profundamente, no setor econômico.

2 — As modificações introduzidas nos arts. 233 e 253 do Código Civil alicerçam estas duas assertivas. Com efeito, aquele dispunha que "o marido é o chefe da sociedade conjugal". Este prin-

(*) Aula Inaugural proferida na Escola de Direito do Vale do Rio Doce, em Governador Valadares

cípio, sobre basear-se em antiga tradição, que em nada desfavorece a mulher, representa a realidade da vida. Sabemos, que o direito dos povos antigos, em suas remotas manifestações; consagrava a incapacidade da mulher e daí a da mulher casada, mas, no correr dos tempos, não só este rigor foi-se amenizando, como já no direito romano, via-se a prática divorciar-se dos textos inflexíveis da lei. Como adverte Clóvis Beviláqua, "os costumes, a religião e a vida agrícola fizeram da família romana um froxaleado ninho de paz, de afetos e de nobres virtudes, ao menos nos tempos áureos dos tempos romanos".

O Cristianismo procurou prestigiar a mulher, através da glorificação da maternidade. São Paulo afirma, em uma de suas epístolas, ter a mulher a mesma dignidade moral do homem e, num evangelista, São Mateus encontra-se a assertiva de que, se a mulher é inferior ao homem em forças físicas, lhe é todavia superior em fé e amor.

Portanto, a aparente superioridade do homem no casamento, advém não da inferioridade da mulher, mas da necessidade de, em qualquer comunhão de esforços com um objetivo comum, haver necessidade de um chefe, de uma direção única, se possível. E, no caso de educação, da instrução dos filhos, a orientação terá de ser uniforme sob pena de fracassar completamente, pois, na idade infantil e na adolescência, indispensável é uma diretora firme e harmônica.

O problema era, pois, escolher para a chefia um e outro, isto é, entre o marido e a mulher. E pela tradição, pela própria natureza, pela realidade mesmo da vida, a direção teria de tocar àquele. E isto não é novidade, porque também nas sociedades civis e comerciais, posto sejam iguais os direitos dos sócios, têm eles de se submeter ao gerente, relativamente à administração da sociedade.

Ora, pela Lei nº 4.121, o art. 233 tem agora a seguinte redação: "o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos".

Portanto, a chefia do casal deixou de ser exercida em conjunto, não em virtude do afeto, da confiança mútua, da unidade de ponto de vista, que faz, como diz o Evangelho, de dois um único corpo, mas por imposição de lei. De agora em diante, a mulher é membro proeminente do conselho de família, a cuja direção fica entregue a família, a ponto de um eminente civilista, Whashington de Barros Monteiro, ter proclamado estabelecer a lei no lar "o regime parlamentar de governo; o marido será o presidente da república, a mulher caberá, conseqüentemente, a posição de primeiro ministro".

E, sabendo-se que, no regime parlamentar, cabe ao primeiro ministro o governo, pode-se adivinhar a revolução que a Lei nº 4.121 provocou na família no setor de sua direção.

E esta inovação é tanto mais séria quanto, nos termos do artigo 240, se reserva, neste regime, para a mulher a pasta da Fazenda. Esta sua redação: "a mulher assume, com o casamento os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral deste".

Este dispositivo que mais se assemelha a uma cláusula de contrato de sociedade comercial, completa o art. 233 e fixa a posição da mulher no lar. Além de colaboradora, tem a missão específica de velar pela direção material e moral do lar.

Entregou-se-lhe, pois, a verdadeira chefia da família, já que, em nossos tempos, época utilitarista por excelência, o domínio está com quem tem a direção do dinheiro e esta, segundo o texto frio da lei, passa a pertencer à mulher.

O Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo sustentou mesmo a possibilidade da mulher casada, independente de autorização do marido, assumir obrigações cambiais. Proclamou este Tribunal "harmonizando-se aos preceitos legais e atentando-se para a finalidade da Lei nº 4.121 — que praticamente assegurou paridade de tratamento à mulher, se pode concluir que a mulher, em face do art. 3.º daquela lei pode assumir obrigações cambiais, mas neste caso não se tratando das hipóteses do art. 247 do Código Civil "somente responderão os seus bens particulares e os comuns até o limite de sua meação".

3 — Este não é o único dispositivo que introduz uma cunha na autoridade do marido. O nº III, do art. 233, aplicado em todas as letras, acarretará distúrbios na comunidade familiar. Atribui esse dispositivo ao marido o "direito de fixar e mudar o domicílio da família", ao passo que a atual lei, embora, em princípio, mantenha a norma, permitiu a intervenção do Juiz, a pedido da mulher. Dispõe o art. 233 do Cód. Civil, modificado pela Lei nº 4.121 que "compete ao marido o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, em caso de deliberação que a prejudique".

Note-se, de início, que fora os países socialistas — Rússia, Hungria, Iugoslávia — e mais o Japão, em que a fixação da residência do casal pertence, de comum acordo, aos cônjuges, nos demais é ela feita pelo marido, livremente.

O Código de Napoleão prescreve no art. 214, primeira parte: "a mulher é obrigada a habitar com o marido, e de o seguir por toda parte onde ele julga necessário residir".

Reza, a seu turno, o art. 144 da Lei Unitária Italiana: "o marido é o chefe da família; a mulher segue sua condição civil, toma seu nome e é obrigada a acompanhá-lo para onde ele considera oportuno fixar residência".

Outras legislações estabelecem a obrigação da mulher de acompanhar o marido, ressalvando-se, entretanto, expressamente, as hipóteses em que pode deixar de fazê-lo. Estatui o art. 58 do Cód. Espanhol: "a mulher é obrigada a acompanhar o marido para onde ele fixar residência. Os Tribunais, sem embargo, poderão dispensá-la desta obrigação, quando de sua execução resulta perigo de vida".

Na verdade, a legislação de Israel permite, em determinadas hipóteses, a mulher discordar da mudança do domicílio conjugal, mas nos seguintes casos:

- a) se no ato do casamento a mulher convencionou um determinado domicílio ou que a mudança de residência dependeria de seu consentimento;
- b) por razões de saúde ou outra natureza;
- c) se o marido deixar a Palestina.

Verifica-se, pois, ter o Brasil, não só se orientado pela legislação de Israel, mas ter sido ainda mais radical. Ora, sobre os costumes desse país serem muito diferentes dos do nosso, a nosso ver este sistema traz sérios inconvenientes de ordem moral e social.

De fato, não se compreende como o marido possa fixar o domicílio e se conceder à mulher o direito de divergir, eis que mesmo a intervenção do Juiz, sobre ser inconveniente no setor moral, não tem maior significação do ponto de vista prático. Com efeito, a reclamação apoia-se no interesse da mulher e não no da família, de sorte que, dificilmente, o Juiz poderá manter o ato do marido; basta que a mulher demonstre ter, na localidade, qualquer renda oriunda de seu trabalho.

Preocupou-se a lei apenas com a influência da mulher, esquecendo-se completamente da família e de que o desprestígio desta reflete, sem dúvida, naquela.

Realmente, justifica-se a reclamação da mulher, quando a mudança lhe acarretar prejuízo, sem levar em consideração a família.

Ora, precisando o marido de estabelecer-se em lugar diverso, evidentemente não deixará de fazê-lo pelo fato de o Juiz, a pedido da mulher, ter impedido a mudança do domicílio e, então, ter-se-á: ou a inutilidade da decisão do Juiz, porque a mulher resolve acompanhar o marido; ou a separação de fato, com possível quebra dos deveres de fidelidade conjugal, e conseqüências imprevisíveis, sendo a mais lógica a proliferação dos desquites.

De qualquer maneira, os prejudicados serão os filhos. No primeiro caso, porque a luta judicial deixará, forçosamente, indelével marca em suas almas jovens. No segundo, porque será este o passo inicial para o rompimento total do vínculo conjugal, e neste caso, são os cônjuges que perdem.

Ademais, a alteração da Lei nº 4.121, sobre ser revolucionária e inconveniente, era desnecessária, visto como o Código Civil não deixava, neste particular, desamparada a mulher. Com efeito, embora o Código dissesse que ao marido competia o direito de fixar e mudar o domicílio da família, como se vê dos arts. 234 e 317, nº IV, só punia a mulher, quando deixasse de coabitar com o marido por motivo injustificado.

Portanto, dentro da lei brasileira, havia solução para os casos em que o marido fizesse mau uso da faculdade que lhe dava a lei. O que a lei não fez e nem poderia fazer é tornar a mulher único árbitro da questão.

E esta foi a orientação da Lei nº 4.121, razão por que não poderá merecer nosso apoio e, estamos certos da maioria do povo brasileiro, que tem em alta conta a família.

4 — Não fica aí a preocupação de favorecer a mulher em detrimento da autoridade do marido. No caso de desquite, de acordo com o texto primitivo do art. 326, do Cód. Civil, os filhos menores, eram entregues ao cônjuge inocente. Se ambos fossem culpados, a mãe teria direito a conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. Ora, de conformidade com o acréscimo feito a esse dispositivo (§ 1.º), no caso de culpa de ambos os cônjuges, todos os filhos ficarão em poder da mulher, exceto se o Juiz verificar que de tal solução poderá advir prejuízo de

ordem moral para eles. Portanto, atualmente, sendo os cônjuges igualmente culpados, o marido não terá nenhum direito sobre os filhos, a não ser de contribuir para sua alimentação, passando sua guarda a ser, em princípio, da mãe.

5 — Consideração mais detida desperta o regime de bens na nova lei e aqui em detrimento da mulher.

Pôsto divirjam em demasia as legislações dos diversos povos civilizados quanto ao regime matrimonial, a tradição de nosso direito foi sempre a de adoção do de comunhão de bens. É que o Brasil, durante mais de século, regeu-se pelas Ordenações Filipinas, em cujo Livro IV, Título 46, princ., estava escrito: "Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e Senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade, salvo quando entre as partes outra coisa fôr acordada".

Esse regime teve entrada em Portugal através do direito visigodo, que antes de nossa era já o adotava, sendo vulgar entre os povos germânicos e adágio "os esposos devem dividir entre si a fortuna e a miséria; e assim é que nas leis saxônicas estava escrito: *de eo quod vir et mulier simul conquisierint, mulier mediam portionem accipiat*".

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 258, perfilhou-o. Realça Lafaiette: "Tal como é em sua natureza e efeitos, a comunhão é por certo regime que mais se coaduna com a índole da sociedade conjugal. A comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos cônjuges e contribui poderosamente para fortificá-la e consolidá-la, confundindo na mais perfeita igualdade os interesses de um e de outro".

Ora, a Lei nº 4.121, de 1962, embora não tenha suprimido este regime, desnaturou-o de tal maneira que o tornou irreconhecível. Realmente, de conformidade com a redação dada ao art. 263, do Código Civil, ficaram expressamente excluídos da comunhão "os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos".

Cumpra advertir, de início, ter a lei terminado com o regime de comunhão de bens no Brasil relativamente aos bens adquiridos pelo trabalho de qualquer dos cônjuges. A comunhão, entre nós, ficou reduzida aos bens levados à sociedade pelo casamento e aos obtidos durante sua vigência por outros meios que não os do trabalho dos cônjuges.

Sobre haver rompido com a tradição do direito brasileiro, o preceito divorciou-se da legislação de quase todos os povos cultos, sabido que apenas a Polônia perfilhou igual sistema.

A este respeito, as diversas legislações podem ser divididas em dois grupos: o que adota a comunhão dos aqüestos e não contém disposição excluindo os rendimentos da atividade remunerada dos cônjuges, e o que acolhe a comunhão dos aqüestos e ainda torna expressa a inclusão dos rendimentos do trabalho dos cônjuges. Entre os primeiros destaca-se o Código Unitário Italiano, cujo artigo 217 dispõe: "Constitui objeto da comunhão o gozo dos bens móveis e imóveis, presentes e futuros, dos cônjuges e, ainda, as aquisições feitas durante a comunhão por um ou por outro cônjuge a qualquer título, salvo as derivadas de doações e de sucessão ou adquiridas com o

preço da venda da coisa pertencente antes em propriedade a um dos cônjuges, sempre que, neste último caso, resulte expressamente do ato de aquisição".

Também o Código das Obrigações Suíço: "A comunhão universal se compõe de todos os bens e rendimentos tanto do marido quanto da mulher; pertencem indivisivelmente aos dois esposos".

Pertencem ao segundo as legislações da Espanha, Uruguai, etc. O art. 1.315 do Código Civil Espanhol está vazado nos seguintes termos: "Aquêles que se unem em matrimônio, poderão firmar convenções antes de o celebrar, estipulando as condições da sociedade conjugal relativamente aos bens presentes e futuros, sem outro entrave senão os indicados neste Código. Na falta de contrato sobre os bens, considera-se o casamento como contrato sob o regime da sociedade legal dos adquiridos".

Por sua vez, o art. 1.401 reza: São adquiridos:... 2.º — os bens adquiridos com a indústria, o trabalho ou os esforços dos esposos ou de um deles".

A própria Rússia, a despeito de seu regime predominantemente materialista, não afasta da comunhão os aqüestos. Estatui o art. 10 do Código das Leis Sobre o Casamento: "O patrimônio, que pertence aos cônjuges antes de contraírem matrimônio, fica como patrimônio individual. Quando for adquirido na vigência do casamento, é considerado comum e, em caso de litígio, a proporção da parte que pertence a cada um será fixada pelo Tribunal".

A França assumiu posição especialmente favorável à mulher. A Lei de 13 de julho de 1907, modificada pela de 8 de junho de 1923, dispõe: "Em todos os regimes e sob pena de nulidade de toda cláusula em contrário que contenha o contrato de matrimônio, a mulher tem sobre o produto de seu trabalho pessoal e as economias que dele advêm, os mesmos direitos de administração que o art. 1.449 concede à mulher casada sob o regime de separação de bens. Pode adquirir com eles valores móveis ou imóveis, e vender, sem autorização marital, a título oneroso, os bens adquiridos. Poderá, igualmente, sem autorização marital, gravar ditos imóveis e hipotecá-los".

Finalmente, na Polônia vigora o regime de comunhão dos aqüestos, com exclusão, entretanto, dos salários percebidos pelos cônjuges.

Com a Lei nº 4.121, de 1962, afastou-se o Brasil de todos os modelos europeus para seguir a legislação polonesa, única em que os salários percebidos por qualquer dos cônjuges não entram na comunhão.

Não é por abandonar o exemplo geral para seguir a única exceção encontrada — a legislação polonesa — que merece censura a modificação introduzida no sistema brasileiro, pois a circunstância de ser única não induz ser a pior, mas por divorciar-se inteiramente da realidade brasileira e desvalorizar completamente o trabalho da mulher no lar.

O Professor Celso Barbi assim se manifesta: "Vivemos em um país em que constitui exceção o enriquecimento por via de recebimento de heranças que, ou não são de vulto, ou se pulverizam na

partilha entre herdeiros numerosos. Por outro lado, o grande atrativo que as Américas em geral sempre exerceram sobre as classes pobres da Europa decorre da mobilidade social, que, diferentemente dos países antigos, permite a ascensão econômica dos imigrantes aqui chegados sem nenhum recurso econômico, e que, com trabalho persistente e economia, formavam fortunas que nunca alcançariam dentro das condições sociais e econômicas vigorantes em seus países de origem. A realidade nos mostra que no Novo Continente a maioria das grandes e médias fortunas pertence àqueles que aqui aportaram apenas com a capacidade de trabalho e vontade de prosperar. No seu labor surgiram frutos que, economizados, se multiplicam, resultando, senão fortunas, pelo menos patrimônios valiosos para o sustento familiar. Destaca-se entre nós, portanto, o valor do trabalho como elemento básico para formação e acumulação de bens, independentemente da existência de capitais recebidos por herança ou doações".

Este período de trabalho coincide, em geral, com o de sua maturidade e principalmente com seu casamento. As fortunas brasileiras, em sua generalidade, são conseguidas pelo esforço de seus titulares durante os anos que se seguem ao matrimônio. O homem, comumente, casa pobre e o que adquire é consequência do "fruto civil do trabalho ou da indústria". E, para esta fortuna, em geral, a mulher não contribui com seu trabalho fora do lar, ou por não exercer nenhuma profissão, ou porque suas atividades remuneradas não alcançam níveis capazes de, com a poupança, amealhar capitais.

Portanto, a grande maioria das mulheres brasileiras, nos termos da nova redação do art. 263, não participará do patrimônio adquirido durante o casamento, eis que ele, pelo menos, aparentemente, foi conseguido através dos frutos civis do trabalho ou da indústria do marido.

Mas não é só. A atual lei, sobre desconhecer o valor da mulher no lar, desvaloriza completamente o trabalho doméstico. Esqueceu o legislador brasileiro que "celibataria ou viúva, como assinala o Padre Coulet, a mulher pode ocupar-se só de si e do seu desenvolvimento próprio.

Espôsa e mãe, mister lhe é alargar o horizonte dos cuidados e preocupações. Então, é para o progresso e a perfeição dos entes confiados à sua guarda pela Providência que ela deve trabalhar. Desejais que esta mulher possa fazer uma obra-prima? Também o quero, continua o sacerdote ilustre, mas essa se fará no mármore vivo, na alma do marido e dos filhos. Ai é que lhe será preciso trabalhar. A elevação, a nobreza, o valor da mulher está em formar, em modelar a alma dos filhos; está em transmitir fielmente as tradições que nos livram da pura animalidade, está em amainar o homem, reprimir-lhe o egoísmo, abrandar-lhe a aspereza, suavizar-lhe as rusticidades, conter-lhe o orgulho, levá-lo a tornar melhor. Sua missão não consiste tanto em fazer obras primas, mas sim em inspirá-las e em permitir-lhes a possibilidade de existência. O papel da mulher consiste menos em fazer descobertas, do que em preparar e animar aqueles que as farão um dia. Sua verdadeira superioridade não está nas suas obras, mas sim na sua vida. Discreta e sutil como um perfume que vem não se sabe de onde, sua ação envolve e penetra e, pouco a pouco, transforma aqueles que a cercam; e sua verdadeira

glória consiste no reflexo que nela projetam o esplendor moral e a felicidade tranqüila destes seres queridos, maridos e filhos, aos quais na atmosfera íntima do lar, ela soube consagrar todo o seu coração, todo o seu pensamento, todo o seu devotamento, tôdas as suas atividades".

Se, depois de uma existência de trabalho, fôrem os bens do casal partilhados, a mulher nada receberá, ficará na miséria, eis que, seu trabalho, nobre e silencioso, inexistia para a atual lei brasileira.

Ora, esqueceu-se o legislador brasileiro de que o serviço doméstico da mulher casada é tão valioso como o que o homem desenvolve fora do lar e que, portanto, a ele deveria e deverá ser equiparado. Nenhum homem casado conseguirá triunfar na vida, se não tiver uma direção segura em seu lar, capaz de lhe dar tranqüilidade para o seu trabalho. Por isto, por mais importante e valioso que seja o trabalho do homem; por maior que seja sua remuneração, não é ele superior ao da mulher, desenvolvido na direção da casa e na educação dos filhos.

Na Alemanha, o trabalho doméstico da mulher é equiparado ao remunerado do homem. Lê-se em *Juris Clausseur*: "os esposos são obrigados mutuamente a prover as necessidades da família convenientemente pelo seu trabalho e na medida de seus meios. Em regra geral, a mulher executa seu dever de contribuir com seu trabalho para o sustento da família, dirigindo a casa".

6 — Problema dos mais sérios, criado pela Lei n.º 4.121, a ser enfrentado pelos juristas brasileiros, é o da separação das dívidas do casal, quando contraídas pelo marido — chefe da sociedade conjugal — e o regime de casamento é o de comunhão de bens; e isto decorre do disposto no art. 3.º desta lei, que dispõe: "pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um dos conjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação".

O professor Vale Ferreira, em escólio à Lei 4.121 e, principalmente, a este art. 3.º, teve oportunidade de escrever: "são irremediavelmente contraditórias as proposições da Lei n.º 4.121. Em verdade, pelo primitivo direito do Código, ora reformado, as dívidas particulares do marido normalmente obrigavam os bens do casal, porque todos entendiam que as obrigações do chefe da sociedade eram sempre assumidas no interesse comum. Por isso e apenas por isso. Pois bem: agora, quando o legislador, reconhecendo as funções sociais da mulher, procura garantir uma posição de igualdade na direção dos negócios domésticos, imaginando uma espécie de direção conjunta, ninguém pode entender porque as dívidas particulares dos dois diretores deixem de alcançar a comunhão. É bom recordar que a doutrina tradicional, em várias hipóteses, admitiu casos particulares de solidariedade, desde que as pessoas exercessem uma chefia de mão comum. É extravagante, dêsse modo, a deliberação de estender a individualidade jurídica da mulher, com irrecusável ingerência sobre os bens comuns e, ao mesmo tempo, exonerar o patrimônio de responsabilidade até mesmo de uma possível cobrança contra o sócio devedor. Trata-se, não há dúvida, de uma técnica desengonçada, contrária ao direito dos credores, apenas para servir a interesses egoístas

de cada cônjuge. Tudo isso, enfim, e, principalmente, prejudica a própria sociedade conjugal, cujo crédito ficou comprometido".

E tudo isto, sem maior proveito, de agora em diante, para os conjuges e em detrimento para a instituição do casamento. Senão, vejamos: a partir da lei, somente o credor menos avisado deixa de exigir, nos títulos de dívida de um dos conjuges, a assinatura do outro. E, então, ficaremos diante do seguinte dilema: ou o outro cônjuge concorda em participar da dívida, portanto sua assinatura no documento, quando desaparece o objetivo da lei, já que todo o patrimônio do casal fica comprometido, ou o cônjuge nega sua participação no documento, começando daí as desavenças entre eles, passo largo para o desquite, reflexo na instituição do casamento e na educação dos filhos.

Por outro lado, a falta de cuidado na elaboração da lei, leva o interprete a um maior esforço em sua inteligência, porque, embora o dispositivo tenha firmado a responsabilidade da meação de cada cônjuge pelas dívidas, não tornou incommunicável a outra metade, nem transformou, a partir de então, o casamento antes realizado sob o regime universal, no de separação total ou parcial de bens.

A interpretação a ser atribuída ao dispositivo em face de outros existentes do Código Civil, pode, praticamente, reduzir à letra morta, enquanto perdurar a sociedade conjugal dada a quase unanimidade do regime de comunhão de bens nos casamentos celebrados no Brasil — a responsabilidade do patrimônio do devedor pelas suas dívidas ou levar à revogação em parte do art. 230 do Código Civil e a destruir os alicerces sobre os quais assentam o regime de bens do casamento no direito pátrio: a irrevogabilidade do regime na constância do casamento.

A questão está presa à conciliação do art. 3.º, da Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, com o art. 262, que estabelece, no regime de comunhão de bens, a comunicação de todos os bens presentes e futuros e o art. 230 que proclama a irrevogabilidade do regime, desde a data do casamento até a sua dissolução.

A matéria sugere três soluções. A primeira que não permite a execução nos bens do casal. Esta só poderá recair em bens incommunicáveis ou na meação do devedor, depois da dissolução do casamento.

A solução é inaceitável, pois transformaria, sem dispositivo expresso, os bens do casal, em impenhoráveis durante a vigência do casamento e o que é pior — sem os tornar inalienáveis.

A segunda, sufragada por alguns juristas, e hoje pela maioria do Tribunal de Justiça de Minas, admite a execução na metade dos bens do casal.

Esta conclusão, pôsto à primeira vista pareça mais coadunar-se com a letra do art. 3.º, da Lei n.º 4.121, não é data venia, mais fela. Com efeito, de conformidade com os princípios de hermenêutica, deve-se afastar toda inteligência que não harmonizar os diversos textos de uma lei e desata-se com as normas informadoras da matéria. Ora a interpretação literal do artigo 3.º, da Lei n.º 4.121, coloca-o em choque com os artigos 262 e 230 do Código Civil.

Realmente, consoante aquêlo dispositivo, no regime de comunhão universal, há comunhão dos bens presentes e futuros e, nos termos dêsse, o regime é irrevogável.

Portanto, todos os bens do casal permanecem indivisos na propriedade do casal, sendo intransmissíveis de um para outro cônjuge durante a vigência do casamento. É como se fôsem de uma única pessoa, pois, durante o casamento, não se pode nem mesmo falar em parte ideal de cada cônjuge. Ensinam Ennecerus Kipp-Wolff: "los bienes comunes son "patrimonio común" de ambos cónyuges. Cada uno de los objetos que lo componen pertenece en común a los cónyuges la pareja conyugal es propietaria de los muebles y de los inmuebles, acreedora de los créditos y titular de los demás derechos. El derecho de cada uno de los cónyuges no es un derecho de miembro (de una corporación), sino una "participación". La participación de cada uno sobre el patrimonio común y sobre cada uno de los objetos que lo integran no es una cuota, pues no cabe expresarla numericamente. Sólo al disolverse la comunidad y hacerse la partición cada uno de los cónyuges tendrá un derecho numericamente expresable, pero, ni aun entonces, recae sobre el patrimonio común, sino sobre el remanente después de pagadas las deudas" ("Tratado de Derecho Civil — Derecho de Familia", vol. I, pág. 414, § 61).

Whaslington de Barros Monteiro, a seu turno, ensina: "todos os bens do casal, não importa a natureza, móveis e imóveis, direitos e ações, passam a constituir uma só massa, um só acervo que permanece indivisível até a dissolução da sociedade".

A penhora apenas na metade dos bens do casal, além de violar os princípios que regem a comunhão universal, na qual, durante a sociedade, não se admite a concretização da parte ideal de bens para determinado cônjuge, transformaria, na constância do casamento, sem dispositivo expresso — o regime de bens que passaria de comunhão parcial, o que iria em arpejo à letra e ao espírito do art. 230, ou tornaria inútil o dispositivo.

Senão vejamos: levando à praça a metade dos bens do casal ter-se-ia uma das duas consequências: ou a outra metade passaria a pertencer com exclusividade ao outro cônjuge e, então, não responderia daí em diante, de maneira alguma, pelas obrigações de qualquer natureza contraídas pelo cônjuge devedor; ou o restante do patrimônio continuaria a pertencer ao casal.

Na primeira hipótese ter-se-ia transformado, sem lei expressa, o regime de comunhão universal em comunhão parcial, isto é, comunhão dos bens até a execução da dívida e separação após este ato, infringindo o art. 230 do Código Civil, que torna irrevogável, durante o casamento, o regime de bens.

É verdade que o professor Vale Ferreira, no trabalho já mencionado, considera a imutabilidade dos regimes de bens no casamento "uma concepção obsoleta, afastada com acerto pelas legislações modernas como por exemplo, os Códigos Alemão (§ 1.432) e o Suíço (art. 179), mas não é menos certo que estes países, bem como a França, através da Lei de 13 de julho de 1965, entenderam, com acerto, necessário, para admitir a modificação do regime de bens depois do casamento, estar o princípio configurado em dispositivo expresso de suas leis.

Ora, no Brasil, além de não haver tal dispositivo, o legislador, através da própria Lei n.º 4.121, mostrou não ser esta sua orientação. Com efeito, este diploma legal modificou o art. 263 do Código Civil para considerar incommunicáveis "os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos". Tornou, pois, revogável o regime de bens no tocante aos bens adquiridos na constância do casamento, desde que frutos do trabalho de qualquer dos cônjuges e, no entanto, não teve idêntica atitude com relação aos bens remanescentes depois de executada a dívida contraída por apenas um dos cônjuges. Ora, se o legislador, na primeira hipótese, afastou-se do princípio da imutabilidade dos regimes de bens no casamento e não teve idêntica atitude com relação à segunda, outra conclusão não podemos chegar, senão a de que manteve ele a comunhão dos bens adquiridos antes do casamento ou no decorrer dêste, mas advindos de outras fontes que não o trabalho de cada cônjuge e, entre os quais se encontra metade dos bens remanescentes a alienação dos destinados ao pagamento das dívidas contraídas por um só cônjuge.

Não transformado o restante dos bens, ou melhor a metade não penhorada, em incommunicáveis, o dispositivo seria inútil. Com efeito, se a metade não fosse suficiente para o pagamento de toda a dívida voltaria o credor contra a metade dos atuais bens do casal, ficando o outro cônjuge apenas com um terço do patrimônio primitivo. Mas a operação continuaria até que a parte do cônjuge que não firmou a obrigação fosse ínfima.

Transforma-se o exemplo em números: dívida firmada pelo marido no valor de NCr\$ 10.000,00, patrimônio do casal NCr\$ 10.000,00. Penhorada a metade e levados os bens à praça, apurados os NCr\$ 5.000,00, voltaria o credor e penhoraria a metade da outra metade, isto é, NCr\$ 1.250,00 e, assim, por diante até que desaparecessem os bens do casal.

Qualquer que seja a parte do dilema aceita, a solução conduz ao absurdo, o que leva ao seu afastamento por infringir os princípios de hermenêutica.

A terceira solução, por harmonizar os diversos dispositivos da lei, é a aceitável. Por ela se admite a execução sobre o patrimônio do casal, ficando, entretanto, a cargo do cônjuge que firmou a obrigação, seu ônus por ocasião da partilha. É a incommunicabilidade entre os cônjuges e a comunicabilidade em relação a terceiros.

É a lição de **Arnoldo Medeiros**, em comentários ao art. 263, n.º VI, do Cód. Civil, que exclui da comunhão as obrigações provenientes do ato ilícito: "concluímos pois, que a exclusão da comunhão prescrita no art. 263, n.º VI, do Código Civil, quanto às obrigações provenientes de atos ilícitos, se aplica apenas às relações entre os cônjuges e quando não há proveito para o casal, só se tornando assim efetiva por ocasião da dissolução da sociedade conjugal".

O Tribunal de Justiça de S. Paulo acatou os ensinamentos do Professor Arnoldo Medeiros, na parte que manda incluir na comunhão as dívidas, quando contraídas em benefício do casal. Proclamou este Colégio Judiciário: "sòmente quando a mulher alegar e provar que a dívida foi contraída pelo marido, não como administrador dos bens comuns, mas, sim, com desprezo dessa qualidade, como quando contrai dívida de jôgo, em diversão pessoal, em favor de terceiro, pessoa estranha à família, etc., então, sim será caso de se aplicar o art. 3.º, a fim de acautelar e preservar o patrimônio da mulher contra atos abusivos do marido. Haja vista que o § único, do art. 246, do Código Civil, em sua redação atual dispõe que o próprio produto do trabalho da mulher, do qual ela pode dispor livremente, exceto quanto à alienação ou oneração de bens imóveis, éles próprios respondem pelas dívidas do marido, desde que "contraídas em benefício da família". Ora, com maior razão ainda se há de concluir que os bens comuns do casal devem responder e respondem pelas dívidas do marido contraídas em benefício da família".

A conclusão sôbre harmonizar os diversos dispositivos do Código Civil, mais se ajusta aos princípios que informam a instituição da família e a realidade da vida.

De fato, entre o cônjuge e o terceiro, evidente que a cota de sacrifício deve ser debitada àquele pois foi ele quem, pelo casamento, se comprometeu a participar da vida do outro na bonança e no infortúnio.

Por outro lado, a solução contrária sôbre trazer sérios impecilhos na vida prática, principalmente, quando o marido é comerciante e do comércio tira seu sustento e da família, transformaria a chefia da sociedade conjugal em administração conjunta, obrigando a participação de ambos os cônjuges nos atos externos, o que, hoje, se repudia nas próprias sociedades comerciais.

O texto comportaria outras explanações, das quais fugi a fim de não cansar em demasia este ilustre auditório.

Acredito, todavia, que, com o que tive oportunidade de apresentar, tem-se, desde logo, idéia dos males que poderá representar para a família brasileira.

Como, porém, aceito os ensinamentos de Duguit, que os fatos são mais fortes que os textos e que o direito se encontra na realidade social e não nas formas legais, confio, no bom senso do legislador, do jurista e do povo brasileiro, esperando, por isto, que mais uma vez, sairá vitoriosa a família brasileira da guerra que lhes movem aquêles que têm como única meta o triunfo do divórcio no Brasil.